

Poder Judiciário e direitos humanos(1)

Autor: Saulo José Casali Bahia

Juiz Federal

Publicado na Edição 20 - 29.10.2007

Introdução

No curso voltado para Juízes Federais, em módulo dedicado ao Direito Previdenciário, para o qual foi preparado este texto, nada mais oportuno que a abertura se fizesse com a apresentação do tema “Poder Judiciário e Direitos Humanos”.

Serão abordados nesse Curso, não nesta ordem, temas como o desequilíbrio orçamentário e o financiamento da seguridade social, a coisa julgada de acordo com a prova produzida, o trabalho rural, a parcialidade positiva do Juiz previdenciário, as prestações do RGPS, as aposentadorias no setor público e no setor privado, o novo conceito de família e de dependência, as reformas realizadas e a realizar na previdência social, o cálculo da renda mensal inicial, aspectos da aposentadoria especial, a jurisprudência dos tribunais superiores em matéria previdenciária, a eficácia das decisões judiciais em face do poder público, os princípios gerais da seguridade social, os beneficiários das prestações e o portador de deficiência, a atuação administrativa da autarquia previdenciária, a situação do mercado de trabalho no Brasil e os acordos internacionais relativos à previdência. Esses temas tanto tocam o Poder Judiciário Federal quanto os direitos humanos, pois, ao mesmo tempo em que compete aos Juízes Federais apreciar os feitos que envolvam a autarquia federal previdenciária dedicada à manutenção do Regime Geral de Previdência (Instituto Nacional do Seguro Social - INSS), são os direitos sociais relacionados à previdência expressão maior da segunda geração de direitos fundamentais.

1 Evolução dos direitos humanos

Tornou-se modismo acadêmico, hoje em dia, falar-se da maior propriedade do uso do termo “dimensão” em lugar de “geração”. Isto porque haveria, na evolução dos direitos fundamentais e nos países emergentes como o Brasil, uma espécie de desenvolvimento combinado, tal como falava Trotsky, em que índios deixaram de utilizar arcos e flechas e passaram de imediato a fazer uso de rifles, sem fazerem uso das armas que tenham evoluído entre estes extremos. Aproximaram-se etapas diversas, o arcaico com o novo. No Brasil, assim, enquanto ainda não se garantiu efetivamente o direito à liberdade profissional (vide os crônicos casos de trabalho

escravo ainda existentes), já se produziu o desenvolvimento de certos direitos sociais ou econômicos em escala comparada ao primeiro mundo. Não haveria, então, em países que vivem saltos evolutivos em matéria de direitos fundamentais, condições de se falar em gerações de direitos, tal como teria ocorrido na Europa, quando a primeira geração (direitos individuais e políticos) foi sucedida por uma segunda (direitos sociais e econômicos) e, após, por uma terceira geração (direitos à paz e à segurança), apenas quando consolidados os direitos pertinentes à etapa anterior. Daí, pela falta de uma cronologia histórica estrita, existir, segundo muitos, a maior pertinência em se falar de “dimensões” de direitos, em vez de “gerações” de direitos.

Uma outra crítica ao termo “geração” também pode ser feita. É que um direito individual, ainda que se trate de um direito já reconhecido e efetivo, pode sofrer certa mudança de conteúdo, a depender do âmbito no qual seja confrontado. Por exemplo, o direito de propriedade, típico direito de primeira geração, ao sofrer relativização ou afetação por parte do Estado intervencionista, continua a ser direito de propriedade, mas possuindo já uma dimensão social. O instituto da função econômica da propriedade realiza, assim, a abertura de uma nova dimensão para o mesmo direito, assim como a proteção do meio ambiente expandiu o conteúdo da propriedade para uma nova esfera ou dimensão, o que agora passou a ser feito pelos chamados direitos de quarta geração, que tocam as áreas da bioética, das experiências genéticas e do universo virtual.

De qualquer modo, sempre nos servimos da afirmação de que os direitos sociais surgiram ou deveriam surgir após os direitos fundamentais de primeira geração, ou falamos no aparecimento histórico ou recente de direitos de terceira ou de quarta gerações. A utilidade do termo geração, assim, não pode ser completamente desprezada.

2 O Estado Social

Mas, como dissemos, os direitos relacionados à seguridade social, sejam eles de segunda dimensão ou de segunda geração, surgem diante da impossibilidade de conferir efetividade aos direitos individuais sem a concorrência de precondições que apenas os direitos sociais são capazes de garantir. Trata-se de abandonar aquelas liberdades “sem mais” ou sem garantias descritas por Bockenford.

Direitos individuais desacompanhados de prestações positivas por parte do Estado freqüentemente esbarravam no nominalismo (lembramos, aqui, do conceito de “constituição nominal”), ou, em outras palavras, em um plano de liberdade e de igualdade formais,

em que esses direitos se faziam meramente indicados nos textos legais e ausentes da realidade concreta, pois já era um brocardo pre-aristotélico o dizer que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem. Os conflitos sociais, a urbanização crescente e o surgimento da classe proletária, dentre outros tantos fenômenos da idade contemporânea, tornaram inevitável a concepção de que o Estado não poderia limitar a sua atuação na prática absenteísta e meramente negativa de não-violação da esfera de direitos do particular. O Estado-polícia teve de ceder espaço ao Estado-social, garantidor, desenvolvimentista, intervencionista e prestacionista.

O capítulo dos direitos sociais passou a integrar textos constitucionais, embora isto em nada dê conta de sua efetividade, pois a Alemanha construiu o seu enorme patrimônio normativo relacionado à seguridade tão-só pela inscrição dos princípios do Estado social e da dignidade da pessoa humana na Lei Fundamental de 1949. Vale bem mais a disposição política dos representantes eleitos pelo povo ou a firmeza do Judiciário em exigir as prestações desejadas pela sociedade, previstas em sua Constituição material, do que o formalismo e a programaticidade extensa e ineficiente.

Deve-se também apontar que a previsão dos direitos fundamentais positivos tanto reflete a atuação do Estado diante de situações relacionadas ao binômio indivíduo-Estado, o que é mais comum, quanto reflete a atuação do Estado diante de situações referentes ao binômio indivíduo-indivíduo, caso este tido como um dos atuais desafios do constitucionalismo moderno e descrito como a horizontalização dos direitos fundamentais.

A Constituição brasileira de 1988 resultou sendo, na história constitucional brasileira, aquela que maior conteúdo protetivo social conteve. Cabe destacar, a seu respeito, as razões das recentes reformas no campo previdenciário e a atuação do Poder Judiciário na implementação das suas disposições, reformadas ou originais.

3 Reformas constitucionais

A propósito, fala-se que a Constituição de 1988, a sétima já editada no Brasil, ao receber até agora 53 emendas, demonstra o estado de instabilidade institucional e de desvalor do texto fundamental (seguidamente sujeito a mudanças) aqui existente e uma vivência constitucional completamente distinta daquela ocorrida nos EUA, onde existiria, graças à longevidade do documento de 1787 (ano da promulgação da Constituição americana), uma estabilidade digna de imitação.

Tenho que há nessa crítica um certo exagero.

Olvida-se que nossa Constituição, desde a sua edição, foi um tanto desafeita ao momento histórico em que produzida, já que carregada de uma ideologia nacionalista, intervencionista e garantista ignorante aos ventos que a história já fazia soprar sobre as nações do planeta.

Há no Brasil o hábito de constitucionalizar todos os assuntos sobre os quais se pretenda qualquer permanência, sabendo-se da certa dificuldade em se alterar o texto constitucional. Isto é feito, muitas vezes, sem se ter em conta a efetiva fundamentalidade da regra constitucionalizada. Um governo, como é natural, por conveniência ou crença sincera, insiste em acreditar que todos os aspectos principais do modo de organização que adotou devam servir não apenas ao período de um mandato, mas devem também submeter o novo Governo que lhe suceda.

Apesar de tudo, e conscientes de que a Constituição analítica sugere sempre maior necessidade de adaptação ao tempo, a mudança constitucional formal é relativamente fácil de ser produzida no Brasil.

Nos EUA, a dificuldade formal de propor e aprovar emendas e certa desnecessidade de mudanças (derivada da própria natureza "clássica" da Constituição americana, privada de número significativo de previsões dirigentes ao Estado) geraram o fato de que poucas emendas foram promovidas desde 1787.

Nos EUA, a proposta deve ser aceita por 2/3 dos membros da Câmara de Deputados e do Senado. Trata-se de um quorum muito alto para a aprovação da proposta. Em seguida, ela deve ser ratificada por 3/4 dos Estados. Após a 18ª Emenda, o Congresso americano passou a exigir essa aprovação em sete anos após a submissão aos Estados.

No Brasil, a proposta pode ser apresentada por apenas 1/3 da Câmara de Deputados ou do Senado. Além disto, o Presidente da República ou metade das Assembléias Legislativas estaduais também pode apresentar a proposta de emenda. A aprovação, no Brasil, se dá por 3/5 dos votos do Congresso Nacional (60% dos membros, e não por 66% de ambas as Casas do Congresso e 75% das Assembléias estaduais, como nos EUA). No Brasil, não é necessário ouvir as Assembléias Legislativas estaduais.

Não por acaso ocorre o baixo número de emendas à Constituição americana. Foram 27 emendas aprovadas, apesar das inúmeras propostas desde o final do século XVIII. Muitas propostas ficaram pendentes de ratificação durante mais de cem anos. A Emenda 27, proposta em 1789, foi aprovada apenas em 1992.

Com isto, pode-se analisar criticamente o modelo norte-americano, em que 3/4 dos Estados, ainda que representativos da menor parte da população, são capazes de aprovar uma emenda constitucional. Ou a emenda poder vir a ser recusada por 1/4 dos Estados mais um, embora os demais Estados possam representar, por exemplo, 80% da população do país.

Essa situação torna, de certo modo, o Congresso Nacional inoperante para adaptar a Constituição às necessidades do tempo, fazendo com que o Judiciário se torne, como já disse Wilson, uma espécie de assembléia constituinte contínua.

Daí a Suprema Corte haver se convertido, nos EUA, na mais importante instituição do Governo, e a teoria da interpretação constitucional americana haver possuído certas diferenças com as matrizes da Europa continental. Trata-se da concepção da living Constitution, na qual vale menos o texto escrito que a consideração da existência de um processo constitucional, com caráter nitidamente jurisprudencial.

E daí surgem as questões da segurança interpretativa, do papel de princípios e regras, da legitimação democrática do judiciário e do seu papel. Batem-se interpretativistas e não interpretativistas, originalistas e não originalistas, conservadores e liberais, adeptos do ativismo judicial ou seus adversários, buscando-se saber se o intérprete constitucional deve ir além da intenção dos fundadores ou não.

Todavia, este não é um problema exclusivamente norte-americano, na medida em que mesmo em constituições não-clássicas ou dirigentes, como a brasileira, inexiste a condição de desprezar o papel ativo e criativo da jurisprudência. Em todo o mundo, o papel político do Poder Judiciário é questão de primeira ordem, assim como os limites à sua ação. Voltaremos a este tema adiante.

4 A reforma da previdência

A seguridade social consiste nas ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência sociais.

Enquanto as ações de saúde seguem o princípio da universalidade ampla, as ações previdenciárias e assistenciais seguem uma acepção mais estrita, pois, em regra, a previdência alcança os segurados e seus dependentes, e a assistência, apenas os necessitados.

A previdência social, no Brasil, vem passando por transformações de alguma monta, promovidas notadamente pelas reformas

administrativa (EC 19) e previdenciária (EC 20), em 1998, pouco tempo depois do abandono do modelo monopolista e nacionalista traçado pelos constituintes de 1987-1988. Já havia sido implementado o plano nacional de desestatização, quando as Emendas nºs 6, 8 e 9, de 1995, romperam uma idéia estalista da economia, após a crise dos anos 80, que demonstrou a ineficiência do modelo de substituição de importações, o esgotamento das fontes tradicionais de financiamento e a elevação desmedida do déficit público.

A previdência, por várias razões, passou por uma severa crise. O déficit da seguridade, no setor privado, passou de 200 milhões de reais, em 1996, para 17 bilhões, em 2002.

O setor público contemplava deficits nas três esferas, correspondendo a 39,1 bilhões de reais, em 2002 (ou 3% do PIB), ou 41 bilhões de reais, no ano seguinte (2003). Na esfera da União, enquanto as receitas correspondiam a 10,7 bilhões, as despesas somavam 33,6 bilhões de reais. Nos Estados, as receitas eram de 11 bilhões e as despesas de 26,4 bilhões de reais. Nos Municípios, as receitas de 1,4 bilhão não faziam frente às despesas de 3,9 bilhões de reais. Arrecadava-se nas três esferas 23 bilhões e gastava-se cerca de 64 bilhões de reais.

Como entender essa situação?

Em primeiro lugar, havia a inadimplência do Estado na parte que lhe cabia contribuir, embora isto não justificasse a diferença.

Aponta-se ainda o gasto da reserva técnica da previdência em obras de infra-estrutura (como a Hidrelétrica de Itaipu, a Ponte Rio-Niterói, a Rodovia Belém-Brasília etc.).

O orçamento não individualizado para a previdência, confundindo ações de assistência e de saúde, embarçavam a compreensão do déficit. Em 2001, no setor privado, enquanto as contribuições sociais para a seguridade somaram 136,9 bilhões, a despesa com prestações foi de 105,4 bilhões. Mesmo incluindo servidores públicos, o saldo seria positivo em 6 bilhões de reais. O superavit de 31,5 bilhões foi repassado para o orçamento fiscal da União para gerar superavit primário.

Um fenômeno legal embaralhou toda a situação, com a adoção do Regime Jurídico Único. Celetistas, de baixa contribuição, passaram a estatutários, gerando um déficit imediato. Em 1990, 80% dos funcionários eram celetistas. A situação permitia que, em 1992, a contribuição sobre a folha de salários cobrisse benefícios, pessoal e custeio da previdência, e ainda houvesse 15% de repasse para a

saúde. Em 1999, esta contribuição apenas pagava os benefícios, em um equilíbrio precário logo rompido. Logo as despesas de pessoal e de custeio da máquina administrativa previdenciária passaram a ser de outras fontes, sendo suspensos os repasses para a saúde.

Hoje ainda remanescem certos problemas, pois, em caso de mudança para o regime público, tem-se que o teto da contribuição previdenciária no regime geral não é proporcional aos benefícios eventualmente pagos ou a pagar pelo setor público.

Havia inchaço do funcionalismo. Nos Estados, em 1998, em relação à receita corrente líquida, Alagoas pagava 81% em pessoal, Minas Gerais 75,6%, Rio de Janeiro 80,3%, Rio Grande do Sul 77,8% e São Paulo 60%. Na União, os inativos e os pensionistas correspondiam a 15,1% da receita líquida, enquanto esse número representava 23,4% da receita líquida dos Estados.

A Lei 9.796/99 demorou para fixar a compensação entre o RGPS e os sistemas próprios da União, dos Estados e dos Municípios, considerando o STF como inconstitucionais quaisquer restrições à contagem de tempo recíproco.

Por seu turno, é inegável haver ocorrido, no Brasil, um aumento de gastos derivado do envelhecimento da população brasileira (alargando no tempo a percepção de benefícios) e da diminuição da taxa de natalidade (eliminando receitas por parte de maior número de integrantes da população economicamente ativa e contribuinte). A expectativa de vida, no Brasil, que era de apenas 40 anos, em 1930, subiu para 68,9 anos, em 2001. Os idosos correspondiam a 8,6% da população brasileira em 2000. Este percentual era de 7,3% em 1991.

Por outro lado, se na década de 60 as mulheres tinham em média 5,8 filhos, essa taxa caiu no Brasil para 2,38 filhos em 2000.

Com isso, em 1991 falava-se de 2 ativos para cada inativo, e esse número foi igualado em 1998 (um ativo para cada inativo). A União, em 2002, possuía 942 mil inativos e pensionistas para 851 mil ativos. Em 1995, tinha 981 mil ativos para 802 mil inativos e pensionistas.

Afora a situação crítica da pirâmide populacional, o desemprego, em 2003, representava a cifra de 13%, a maior de toda a série histórica do IBGE até então, gerando impactos no seguro-desemprego e na saúde.

Os custos da formalização geravam, no Brasil, o aumento do trabalho informal, que não torna o trabalhador contribuinte da previdência, e faz com que, segundo estudo divulgado em 2003, os trabalhadores formais contribuam com 21% dos seus rendimentos quando

poderiam fazê-lo com apenas 17%, obtendo os mesmos benefícios. Ou seja, por meio do setor formal, há transferência de renda para o setor informal. Se não tivessem de suportar esse ônus, os trabalhadores formais poderiam se aposentar com aposentadorias maiores ou recolher contribuições menores.

Reduzia-se a arrecadação, por outro lado, através do exercício de renúncias fiscais, que correspondiam, em 2002, a 9 bilhões de reais por ano. Com respeito aos rurícolas, por exemplo, houve a dispensa de contribuições, por certo período, antes de novembro de 1991. Assim, em 1996, enquanto as despesas com os mesmos era de 11,3 bilhões de reais, as receitas montavam apenas a 600 milhões de reais.

Não se pode deixar de apontar para a ocorrência do déficit a sonegação fiscal, estimada, para o ano de 2002, em 11 bilhões de reais.

No Brasil, pouco foi praticado no passado no sentido de correlação entre receitas e despesas.

Os funcionários públicos pagam menos do que recebem, segundo estudo publicado em 2003 por Zylberstjn, Souza, Stancioli e Milan, professores da USP e pesquisadores da FIPE. Para pagar as suas aposentadorias, naquele momento e no patamar devido, teriam de contribuir com 49%, mas contribuem, em média, com apenas 16% de seus rendimentos. E a diferença é coberta com impostos, havendo transferência de renda dos contribuintes para os funcionários.

Para citar os militares, contribuía com alíquotas menores e apenas sobre duas parcelas dos vencimentos. Havia a previsão, sem apoio em qualquer razão atuarial ou de equidade, no sentido de que suas filhas tivessem pensão vitalícia. Contava-se o tempo ficto da academia militar, quando não contribuía, como tempo de serviço. E ainda bastava servir por 30 anos.

A aposentadoria perdia a condição de retributividade e ganhava características premiais. Pagava-se mais ao aposentado, com diversas previsões legais de alcance da remuneração do patamar imediato da carreira, embora nunca tivesse havido cobrança de contribuição que compensasse este prêmio.

E deixava o contribuinte, logo que aposentado, de contribuir para a previdência, ao revés de outros países, bem como garantia-se-lhe a integralidade e a irredutibilidade em relação ao pessoal da ativa (embora as suas despesas diminuam com a aposentadoria).

Algumas empresas estatais, devido à liberdade de gestão em relação à administração direta, praticavam planos ainda mais generosos em relação a seus empregados.

Surgiram, diante deste grave desequilíbrio, diversas soluções.

A tônica geral era a de que não se deveria elevar a tributação para vencer as despesas da previdência, nem o endividamento público, já que as consequências recessivas dessas políticas poderia ser ainda mais perniciosa para a população.

Em todo o mundo, as reformas dos sistemas de previdência, diante de quadros semelhantes, gerados pela mesma política de welfare state, cujas consequências apenas depois de algumas décadas iriam ser sentidas, geraram a adoção de duas grandes tendências mundiais.

A 1ª tendência corresponde às chamadas reformas estruturais, em que a tônica é a capitalização individual, com a privatização total ou parcial dos regimes de previdência, segundo modelo proposto pelo Banco Mundial. Em maio de 1981, esta foi a via preferida pelo Chile, seguido pelo Peru, em 1991, e por mais 11 países da América Latina e por alguns da Europa Central e do Leste (Hungria e Polônia). A contribuição é administrada por empresas privadas, com fins lucrativos, sendo admitido o investimento destes recursos no mercado financeiro, cabendo ao interessado retirar o capital investido ou uma renda mensal vitalícia. Trata-se de modelo no qual há contribuição definida e benefício ou prestação indefinidos. Como vantagens desse modelo, pode-se apontar a diminuição do peso da seguridade nas finanças do Estado, a diminuição da evasão, a liberdade de escolha de alternativas pelo trabalhador, uma certa melhoria das prestações, o crescimento da poupança nacional, a geração de mercado de capitais, o desenvolvimento do emprego e o aumento da produtividade. Como desvantagens, surge a diminuição da responsabilidade do Estado e os riscos e incertezas para o trabalhador.

A 2ª tendência concentrou-se em torno de reformas chamadas de não-estruturais, e as realizam ou realizaram Brasil, Equador, Guatemala, Panamá, Paraguai e Venezuela, na América Latina, bem como grande número de países chamados desenvolvidos.

No setor público, foram feitas no Brasil basicamente através da EC 20/98 e da EC 41/03. Seguem os princípios da Organização Internacional do Trabalho e da Associação Internacional de Seguridade Social.

Trata-se de reformas progressivas e de longo prazo. Na Alemanha, devem durar até 2030.

Basicamente, buscam estabelecer maior correlação entre contribuições e prestações, aumentando-se os anos de contribuição, a idade da aposentadoria, reajustando-se os benefícios de acordo com o custo de vida, dissociando os ativos dos inativos, harmonizando os regimes público e privado e limitando gastos. No Brasil, uma lei complementar foi prevista para estabelecer limites de gastos, sob pena de suspensão de repasses constitucionais.

Passou-se também a efetivamente fixar limites máximos ou tetos para aposentadorias (subsídios do STF, no caso brasileiro). Previu-se o aumento das taxas de contribuições, inclusive para quem delas era isento, ou pagava pouco. Sendo ainda uma quimera no caso brasileiro, foi estimulado o tratamento igualitário entre homens e mulheres e o incremento de regimes complementares, com base mínima pública e atendendo à solidariedade. Recomendou-se a imediata abolição de contagens fictas de tempo de serviço (como tantos casos que conhecemos no Brasil, como a licença-prêmio não gozada ser contada em dobro, quando parte do benefício de aposentadoria era pago independentemente de qualquer contribuição). Ainda se profligou a consideração, para a aposentadoria, do tempo de contribuição, e não do tempo de serviço, que muitas vezes não se fazia acompanhar do pagamento de qualquer contraprestação pelo benefício a ser percebido.

Como vantagens desse modelo aponta-se uma maior coesão social e ganho de estabilidade política, gerando segurança ao trabalhador. Assiste-se a uma convergência do sistema público e do sistema privado, com homogeneização de regras e eliminação definitiva de privilégios para o setor público, cujo peso é suportado pela sociedade e em detrimento da grande massa de trabalhadores do setor privado ou dos contribuintes.

Prevê-se a existência de um regime geral, com benefício básico, suplementado pela parcela advinda da previdência complementar. Este é exatamente o novo regime para funcionários públicos federais nos EUA. A Suécia unificou os regimes e tornou o regime complementar obrigatório e de benefício definido. Na França, para receber 75% do salário dos últimos 6 meses de atividade, o servidor deve contribuir por 37,5 anos e possuir idade de 60 anos. Espanha, Itália e México tentam homogeneizar regras e reduzir o teto do regime próprio, estabelecendo a aposentadoria complementar.

5 A previdência social na Alemanha

A Alemanha é um caso interessante de estudo, já que esse país é considerado um estado federal social, graças à sua vasta legislação protetiva, em que 950 expectativas de direito a benefícios sociais foram previstas, como acentuou em palestra na ESMAF da 1ª Região, proferida em 2007, o Juiz da Corte Constitucional Alemã Udo Steiner. Na Alemanha, o orçamento da seguridade social constitui o maior orçamento individual. Em 2004, correspondeu a 450 bilhões de euros, superando em muito o orçamento geral da federação (que foi de 261 bilhões de euros, em 2006). Conta-se na Alemanha com jurisdição própria, especializada nos litígios entre os particulares e a administração social. Os tribunais sociais contam com três instâncias (culminada pelo Tribunal Federal Social) e mais de 1.000 juízes, não se exigindo, senão na instância superior, a presença de advogado.

Todavia, o estado social alemão é visto ali como um gigante, e cada vez mais deficitário, pelas causas que podemos imaginar: envelhecimento da população, baixa taxa de natalidade (1,3 filhos por mulher em idade fértil, uma das mais baixas da Europa), maior número de aposentados, crescimento da expectativa de vida da população, aumento do emprego informal, avanços da medicina com os custos daí decorrentes, desemprego elevado (cerca de 10%) etc. A federação passou a contribuir anualmente com 80 a 90 bilhões de euros para suprir os deficits da seguridade, que ainda são aumentados com as despesas referentes à unificação.

Segundo Udo Steiner, “mesmo para um país relativamente abastado como a Alemanha é financeiramente impossível garantir o nível de vida de pessoas sem atividade remunerada como se estivessem trabalhando”, pois “o Estado só pode dar algo se ele também puder tirar algo”. Assim, na Alemanha, deve haver por parte do Judiciário tão apenas a preocupação com o “mínimo necessário”, expressão concreta do princípio da dignidade da pessoa humana abraçado pela Constituição alemã, sem nenhum compromisso com o princípio de não retrocesso social, este que é possível na Alemanha, se assim se entender necessário em prol do interesse social.

Pode-se fazer aqui uma certa digressão sobre esta figura, admitida na Alemanha e abominada no Brasil: o retrocesso social. O discurso aqui é sempre o mesmo, consistente em que o retrocesso é possível apenas em países desenvolvidos e que garantam o mínimo vital (a faixa de pobreza, na Alemanha, é definida, como no resto da Europa, como uma renda líquida inferior a 60% da renda média do país, o que corresponde ali mais ou menos a 938 euros). Todavia, não se pode tornar absoluta e definitiva qualquer previsão de direito social, devendo-se analisar a violação do mínimo existencial, no Brasil, sempre diante de cada caso concreto, havendo a própria Constituição, por exemplo, previsto hipóteses de redução de salário, por acordo ou convenção coletiva.

Voltando ao que se falava, diz-se na Alemanha que “a preservação do estado social pressupõe a sua transformação”. Sem pretender o aumento das contribuições, para não onerar ainda mais os custos do trabalho, as aposentadorias, que desde 1957 eram reajustadas anualmente de acordo com a evolução dos salários, deixaram de sê-lo há alguns anos, e no futuro, diante da situação demográfica, deverão crescer ainda mais lentamente. Não existe hoje a preocupação de assegurar o mesmo nível de vida do trabalhador após a sua aposentação. Está prevista a elevação da idade legal de aposentadoria para 67 anos. A Alemanha hoje fomenta com recursos do contribuinte um seguro privado complementar para a 3ª idade baseado na capitalização. Também é prevista a transição para um seguro saúde privado, com maior participação do segurado nas despesas de saúde. Próteses dentárias ou dentaduras já não mais fazem parte da cobertura normal do seguro-saúde obrigatório.

Será este o futuro do estado social brasileiro?

6 O papel do Judiciário no Brasil

No Brasil, está em voga a discussão sobre os limites de atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, pois é inegável que o discurso do mínimo existencial ora esbarra no entendimento da proteção judiciária total (ou seja, na possibilidade de conferir efetividade ampla a qualquer previsão programática de direito social), ora esbarra no próprio alargamento da idéia do que seja o mínimo essencial a ser protegido pelo Judiciário.

Não pode o juiz desconhecer as motivações e a necessidade que levaram à reforma da previdência. E é certo que o Judiciário, hoje, no dizer de Mauro Capeletti, na sua obra “Juízes Legisladores”, convive com a explosão de litigiosidade resultante do próprio intervencionismo corrente, por parte do estado social, e tornou-se ou deve se tornar enfim o terceiro gigante, “capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviantesco administrador”.

Um sistema mais largo de direitos e garantias faz com que o Judiciário atue de modo mais intenso. Prevista na Constituição a eficácia mínima e imediata das normas instituidoras de direitos fundamentais individuais e coletivos e o extenso rol de direitos econômicos e sociais, deve-se reconhecer a aptidão de qualquer norma constitucional para conferir o direito (sentido positivo), ainda que sujeito à restrição infraconstitucional (na hipótese de eficácia contida) ou à possibilidade fática de outorga, e para evitar a edição válida de legislação infraconstitucional contrária ou afastar a permanência da legislação anterior que contradiga a norma constitucional (sentido negativo).

O crescimento do controle concentrado coloca frente a frente o Legislativo e o Judiciário, e o seu grande implemento pela Constituição de 1988, com o aprofundamento feito pela reforma do Poder Judiciário de 2004, não deve ser desaprovado. Julgar é um ato de vontade, e o justo, ensinava Theodor Viehweg em sua "Tópica e Jurisprudência", com apoio em Aristóteles, resulta da compreensão do que seja acordado, por todos ou pela maior parte e pelos sábios. O debate é a única instância de controle e de solução de problemas, e as modernas teorias da argumentação (vide Chaim Perelman em seu "Tratado da Argumentação" e Robert Alexy em sua "Teoria da Argumentação") trazem o ensinamento de que o direito, como ciência social, não trabalha com a verdade e a falsidade, em uma perspectiva alética, mas com o verossímil ou não, ou seja, com o que pode ser aceito. É óbvio que a concentração da solução sem o perspasse de instâncias e foros de debate estiola o discurso, empobrecendo-o. Mas se trata de um mal necessário, de um sopesar entre a agilidade que se espera e se necessita do Judiciário e a qualidade eventual do discurso. A solução, como já advogava Peter Haberle em sua obra acerca da "Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição", será compensar a redução numérica dos praticantes dos atos de fala com o recurso à abertura do debate no seio da própria Corte Constitucional, através de institutos como o *amicus curiae*.

Há que se reconhecer, segundo pesquisa do IDESP feita em 2000, que o Judiciário é visto como imparcial e de custos acessíveis por 70,5% e 53,5% dos empresários entrevistados, respectivamente, mas peca no quesito agilidade, quando apenas 9,3% ofereceram avaliação ótima, boa ou regular a esse quesito. A deficiência do aparelho judicial, acentua certo estudo de Armando Castelar Pinheiro, prejudica por sua vez o crescimento econômico, para dizer o mínimo.

Some-se a estes problemas conjunturais do Poder Judiciário, que acarretam a sua lentidão, a sua ineficiência derivada da presença na legislação, ainda, de tantos privilégios, como o foro especial de agentes públicos, ritos favorecidos, prescrições curtas e retroativas (instituto genuinamente brasileiro) etc., tudo levando à impunidade.

Mas não se pode também desconhecer que a nossa ordem constitucional apenas destina ao Judiciário a proteção dos interesses e valores já por ela assegurados. Não é infreqüente que decisões judiciais invadam o campo da discricionariedade administrativa ou da reserva do possível para impor prestações pelo poder público além da competência que deve possuir o Judiciário de eleger a conveniência e a oportunidade da prática de certas medidas, ou ignorando a capacidade do orçamento suportar as despesas judicialmente imputadas.

Sinceramente, não vejo como determinar um juiz a duplicação de uma rodovia em certo local do país, quando os recursos orçamentários são limitados e foram alocados para a construção de outra, talvez no extremo norte, capaz de, na apreciação do legislador e do executivo, salvar mais vidas e ser mais útil à comunidade como um todo. Do mesmo modo, não vejo como determinar, com base na consideração do direito à vida, que a autarquia previdenciária suporte o custeio de um transplante no exterior, com custos elevadíssimos, como se o interesse individual suplantasse o interesse coletivo. Garante-se a um indivíduo, por vezes, um tratamento que sequer cidadãos americanos, canadenses, alemães ou de países do chamado primeiro mundo teriam direito, em princípio, ante os custos envolvidos em hospitais particulares. Será que o direito à vida vale menos nesses países? Pergunto-me sobre os efeitos de tal condenação sobre o custeio da previdência, e qual o impacto que a falta de recursos acarretou, por exemplo, para as filas nos postos de atendimentos, e quantas outras vidas isso prejudicou ou eliminou. Preocupa-me a consideração do que seja suportável para o poder público, por parte de quem desconhece a complexidade do emprego de recursos públicos, e da afetação que isto pode gerar para a boa governança e para a administração, nesta interação indevida com agentes, estes sim, que foram eleitos para atuar com a discricionariedade possível, diante de recursos limitados e necessidades ilimitadas.

O argumento de que uma decisão ou outra não afeta o poder público ou as finanças do ente da federação como um todo até pode ser verdade. Mas a prática reiterada de intervenções pode gerar um enorme desgaste para o Judiciário e um grande prejuízo final para a sociedade. Qual o sentido em proferir decisões inexecutáveis, como aquelas nas quais se determina a prestação de serviços acima das capacidades financeiras do ente público? Ou qual o sentido em se alterar judiciariamente as políticas públicas, passando o juiz a administrador, muitas vezes um administrador que somente enxerga o espaço de sua jurisdição e o objeto reclamado na causa, e não as necessidades da população em geral?

Por certo falta, neste ponto, a necessária utilização da regra de ponderação de que fala Robert Alexy, em sua "Teoria dos Direitos Fundamentais", pois nenhum princípio, nem mesmo o da proteção à vida, é absoluto. Basta lembrar o confronto da vida de um indivíduo com a vida de todo o grupo. Já decidiu a Suprema Corte Alemã que a dignidade da pessoa humana não é lesionada quando a exclusão da proteção judicial não é motivada por uma desconsideração ou subestimação da pessoa humana, senão pela necessidade de atender a um interesse público. Será que não existem interesses públicos no tema da previdência, apenas interesses individuais? Alexy não acredita na existência de qualquer princípio absoluto, e princípios,

para ele, referem-se tanto a direitos individuais quanto a bens ou interesses coletivos. Nisso havia uma certa diferença para o primeiro Dworkin, que achava que os princípios apenas se relacionavam a direitos individuais. E, para Alexy, presente o conflito entre princípios, a solução está no uso da regra da proporcionalidade, investigando-se a adequação (onde o menor prejuízo é preferido), a necessidade (também consultando a possibilidade fática) e a proporcionalidade em sentido estrito (verificando-se as possibilidades jurídicas). Afinal de contas, segundo Alexy, princípios não passam de meros mandatos de otimização, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível, mas dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Apenas regras são utilizadas no sentido de tudo ou nada.

Seguindo a divisão feita por Robert Alexy na sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", os direitos a prestações, em sentido positivo, envolvem direitos a prestações fáticas e a prestações normativas. São o oposto aos direitos de defesa e envolvem: a) normas de proteção, consistentes em imposição pelo Estado de ações ou omissões a particulares; b) normas de organização e de procedimentos, consistentes em competências de direito privado, procedimentos judiciais e administrativos, normas de organização em sentido estrito e normas relativas à formação da vontade estatal; e c) prestações fáticas pelo Estado.

Podem os direitos à prestação ser regras vinculantes, como no caso do mínimo existencial, ou princípios vinculantes, mas válidos apenas *prima facie*. E, na teoria de Alexy, mesmo regras definitivas podem ganhar relativização, na medida em que ocorra o fenômeno de adscrição a princípios, quando passa a existir a necessidade de ponderação. Daí recorrer este jurista ao "argumento da competência", segundo o qual a política orçamentária não pode ser controlada pelo Judiciário. Mas, ao mesmo tempo, recorre este autor ao "paradoxo da democracia", por considerar que decisões importantes como aquelas relativas aos direitos fundamentais não podem ficar em mãos de uma simples maioria parlamentar. Afinal de contas, os direitos fundamentais também vinculam o legislador. A separação de poderes passa, então, a corresponder a um princípio que deve ser submetido, com o conflito instalado, a uma ponderação. Se ocorrer um sacrifício reduzido ao princípio da competência, então, ganha o Judiciário condições de atuar. O problema deve ser resolvido caso a caso, e nenhuma solução apriorística é possível. Quanto mais segurança sobre a existência de um direito fundamental exista, maior a possibilidade de intervenção do Judiciário. Trata-se da "lei epistêmica da ponderação": quanto mais intensa seja a intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção. Princípios formais, como a democracia, somente podem prevalecer se conectados a outros princípios materiais. É a "lei de conexão", segundo Alexy.

O Judiciário possui a missão de distinguir, na ordem constitucional de um Estado, entre os conteúdos necessários, os conteúdos possíveis e os conteúdos impossíveis. Ao atuar no plano da possibilidade, faculta o possível, exclui o impossível, exige o necessário. A compreensão do que possa ser exigido, ou seja, do que seja necessário, é um campo aberto. Pode-se pensar que este campo ganha chance de ser preenchido ou definido pelo recurso ao princípio da eficiência, hoje colocado ao lado da legalidade, da moralidade, da publicidade e da impessoalidade como passível de controle pelo Judiciário. A Lei nº 9.784/99 ajunta ainda (esclarecendo) os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. E a eficiência não pode ser vista como um mecanismo de bloqueio e exclusivamente atuável pelo prisma negativo, impedindo ações ineficientes por parte do Estado. Deve-se buscar, com a aplicação do princípio da eficiência, garantir a prestação estatal almejada pelo particular, no caso desta prestação ser necessária e possível. O Estado, ao não realizar a prestação necessária e possível, age de modo ineficiente. Não foi razoável ao Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, a presunção de necessidade apenas ao deficiente e ao idoso cuja renda per capita familiar não superasse 1/4 do salário mínimo. Era necessário e possível que outro patamar fosse estabelecido, embora surgisse disto conseqüências orçamentárias. E é o Poder Judiciário um agente indispensável para essa integração.

A tarefa do Judiciário na concretização dos chamados direitos sociais é ingente e essencial para a construção e definição do Estado social brasileiro. Afinal de contas, é o direito social quem sustenta o Estado, ao aproximar e integrar o indivíduo à sociedade.

Notas:

1. Texto produzido para a palestra de abertura do Módulo III – Direito Previdenciário (Curso), promovido pela Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – EMAGIS, em 30 de agosto de 2007.